

Europa e diritto privato

Rivista trimestrale

A cura di
Joachim Bonell
Carlo Castronovo
Adolfo di Majo
Salvatore Mazzamuto

INDICE ANNATA 2007

Giuffrè editore

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

the making of a European private law and can greatly help in elucidating the background of central issues in European contract law (i.e. consumer protection). In the author's view arguments of « social justice » are often used in the current debate without any regard to political philosophy background. This essay is a first attempt to determine the different implications of various theories of justice (among which, utilitarianism, liberalism, marxism) on contract law. In the last part of the paper the author applies this theory to a particular field: freedom of contract in setting a damage rule (liquidated damage clause).

TEORIA E STORIA

« Mi sembra che la peculiarità dei concetti filosofici sia... che la filosofia abbia la strana qualità per cui essa stessa è certo coinvolta, imprigionata nella serra della nostra costituzione e del nostro linguaggio: ma ciò nonostante è sempre in grado di pensare oltre se stessa, oltre questa limitazione e attraverso i vetri. E precisamente questo pensare oltre se stesso, verso l'aperto, proprio questa è metafisica ».

(T.W. ADORNO, *Metafisica*, IX Lezione)

Luca Nivarra

CLAUSOLE GENERALI E PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO NEL PENSIERO DI LUIGI MENGONI (*)

SOMMARIO: 1. Le fonti. - 2. Alcune osservazioni preliminari. - 3. Il saggio sulle clausole generali. - 4. Il saggio sui principi generali. - 5. Quadro d'insieme. - 6. Ontologia dei valori e autonomia del diritto. - 7. Dell'autonomia degli antichi e dei moderni. - 8. Conclusioni.

1. Mengoni ha dedicato alle clausole generali ed ai principi generali del diritto due scritti fondamentali: il primo, intitolato *Spunti per una teoria delle clausole generali* ed apparso sulla *Rivista critica del diritto privato* nel 1986 (1): il secondo,

(*) Il presente scritto si inserisce nella ricerca curata dai proff. Nogler e Nicolussi dal titolo *Mengoni o il metodo giuridico*.

(1) L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 5-19. Si tratta della relazione presentata al convegno su « La buona fede » organizzato dalla Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento di Pisa in onore di Ugo Natoli e svoltosi il 14 e 15 giugno del 1985. Gli atti di quel convegno furono poi raccolti nel volume AA.VV., *Il principio di buona fede*, a cura di F.D. Busnelli (Milano 1987), passim che, ovviamente, include anche il contributo di Mengoni alle pagine 3 e seguenti.

dal titolo I principi generali del diritto e la scienza giuridica pubblicato all'interno di un volume linceo su I principi generali del diritto (2).

Anche se non arbitraria, la scelta di circoscrivere così drasticamente l'ambito delle fonti di cui avvalersi per la ricostruzione del pensiero di Mengoni sul punto può del tutto legittimamente considerarsi riduttiva. Questo per due ragioni: la prima, riconducibile all'ampiezza del tema; la seconda, riconducibile alla ampiezza ed alla nobiltà degli interessi coltivati da Mengoni nella sua attività di ricerca, in uno con la densità e la coerenza della prospettiva entro cui quell'attività sempre si è collocata: una densità ed una coerenza tali per cui può senz'altro ripetersi per l'opera di Mengoni quello che Kant diceva della Critica della ragion pura, e cioè che da ogni singolo passo della medesima fosse possibile procedere, per cerchi concentrici, all'attingimento dell'intera sua trama speculativa. In altri termini, l'incrociarsi e il sovrapporsi di un tema, di un pensiero e di un'esperienza di studio tanto vasti imporrebbero una ricognizione completa dell'opera di Mengoni. Ciò è ovviamente ben al di là delle mie possibilità e delle mie competenze; in più, nella misura in cui il pensare di Mengoni si presenta così concentrato — un vero e proprio « buco nero » di energia teorica e sistematica — nei due scritti sulle clausole generali e sui principi generali la riflessione subisce, in ragione della peculiare complessità dell'oggetto, un geometrico incremento di consistenza: sicché, la drastica riduzione della panoplia delle fonti qui proposta, se rimane filologicamente assai dubbia, dal punto di vista ermeneutico potrebbe poi, alla fine, rivelarsi meno azzardata di quanto appaia d'acchito.

2. Procederò ad un distinto esame dei due contributi

Qui, però, si farà riferimento al testo apparso sulla Rivista critica del diritto privato.

(2) Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, AA.VV., I principi generali del diritto (Roma 1992), 317-328. Anche qui l'occasione originaria è rappresentata da un convegno, quello svoltosi a Roma tra il 27 e il 29 maggio del 1991, su iniziativa della Accademia Nazionale dei Lincei e dedicato, appunto, al tema dei principi generali del diritto.

mengoniani, riservandomi poi uno spazio per alcune considerazioni d'insieme. Prima di ogni altra cosa, però, credo vada segnalata la circostanza che il lavoro sulle clausole generali e, sia pure in una misura resa necessariamente diversa dal più elevato grado di maturazione dottrinale del tema, quello sui principi generali, costituiscono un'autentica testa di capitolo nella messa a punto, al contempo teorico-generale e dogmatica, delle due figure (3).

In effetti sino ad allora — il discorso, ripeto, vale in modo particolare per le clausole generali — era prevalso un approccio, per così dire, di tipo funzionalista, dominato dall'esigenza di comprendere e chiarire a quali usi fosse possibile destinare strutture normative così diverse da quelle con le quali il giurista italiano era abituato a lavorare. Tra l'altro, nell'esperienza italiana, l'atteggiamento da assumere nei confronti di clausole e principi generali ha segnato, per un lasso di tempo piuttosto lungo — dall'inizio degli anni '50 fino alla metà degli anni '70 —, un autentico spartiacque ideologico, teatro di un *Kampf*

(3) Il giudizio va, però, necessariamente graduato appunto perché, anche nella letteratura giuridica italiana, il tema dei principi generali era già stato affrontato con evidenti finalità di inquadramento sistematico; basti pensare ai lavori pionieristici di Crisafulli e alla voce Principi del diritto di Bartole per l'Enciclopedia del diritto richiamati dallo stesso Mengoni proprio all'inizio del suo scritto sui principi generali (Mengoni, *I principi generali* cit., 317-318, ntt. 2-3), ai quali bisognerà aggiungere, almeno, quelli di E. Betti, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, Riv. dir. comm., 1940, 217 s.; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Milano 1971), 185 s., e di N. Bobbio, *Principi generali*, Noviss. dig. it., XIII (Torino 1966), 887 s. Si tenga conto, inoltre, che un ulteriore, notevole impulso al dibattito sui principi fu impresso dalla traduzione italiana *I diritti presi sul serio* (Bologna 1982) del libro di R. Dworkin, *Taking Rights seriously* (Cambridge 1997). Viceversa, nel caso delle clausole generali, che pure, a partire dagli anni '60 (ovvio il riferimento alla prolusione maceratese di S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Riv. dir. comm., 1967, 83 s. oltre che alle due monografie sempre di Id., *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano 1965), e Id., *Il problema della responsabilità civile* (Milano 1964) nelle quali lo strumento della clausola generale è messo al servizio di un consapevole progetto di rilettura di taluni fondamentali istituti del diritto civile), il contributo di Mengoni, per le ragioni indicate nel testo, provvede a colmare una vera e propria lacuna (nello stesso senso v. C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 21, nt. 1).

um's *Recht* in cui la posta in gioco era rappresentata, sul piano culturale, dal modello di interpretazione egemone in seno al ceto dei giuristi e, sul piano politico, dallo sdoganamento o, in alternativa, dal (perdurante) congelamento della tavola dei valori costituzionali: i quali ultimi, peraltro, avevano trovato espressione normativa appunto per il tramite di principi o clausole generali (4).

Da questo punto di vista, i due contributi di Mengoni rappresentano, a loro volta, uno spartiacque tra la stagione pionieristica caratterizzata dalla prevalenza dell'approccio che abbiamo chiamato funzionalista e la fase, più matura, nella quale la battaglia poteva dirsi ampiamente vinta, essendosi, sul piano culturale, prodotto il definitivo scardinamento del paradigma veteropositivista che, viceversa, voleva l'interprete, ed il giudice in particolare, ridotto a semplice *bouche de la loi*; e, sul piano giuspolitico, essendosi pervenuti ad una piena legittimazione del ricorso, in sede ermeneutica, a clausole e principi generali: ciò che, nell'esperienza italiana, ha significato, in primo luogo, la definitiva immissione dell'argomento costituzionale nel circuito delle pratiche linguistiche stabilmente in uso presso la comunità degli interpreti (5). Come tutte le vere filo-

(4) Come bene mette in luce Mengoni, *I principi generali* cit., 325, il dispositivo a cui è affidata l'enunciazione di un valore costituzionale può, talora, essere quello di un principio la cui fattispecie è costruita con una clausola generale, come nel caso del « fondamentale principio di rispetto della dignità dell'uomo »: donde la convivenza, in seno al testo costituzionale, di entrambe le figure le quali, pure, vanno tenute rigorosamente distinte (ibidem, 323).

(5) Come scrive Castronovo, *L'avventura* cit., 28 « l'ordinamento intero ha acquistato una capacità di allungarsi sulla realtà grazie ad una nuova consapevolezza dei giudici, meno alieni di prima dal considerarsi partecipi della costruzione dell'ordinamento, e una teoria giuridica che ha abbandonato i falsi pudori della natura dichiarativa dell'interpretazione ». Più in generale può forse osservarsi che nell'esperienza italiana la contiguità tra il piano culturale e quello (gius)politico si presenta con tratti particolarmente vistosi in quanto la lotta per il (rinnovamento del) diritto — delle sue procedure ermeneutiche e dogmatiche — si è venuta sviluppando in parallelo con la lotta per la Costituzione, per la sua attuazione non soltanto per via di misure legislative, ma anche per via di prassi applicativa, ossia attraverso la formazione di un diritto vivente costituzionalmente informato (la distinzione tra queste due diverse modalità di invernamento del *Sollen* costituzio-

sofie, e al pari della nottola di Minerva, la sistemazione mengoniana arriva, in un certo senso, quando ormai tutto è compiuto: essa, dunque, per un verso, provvede finalmente a dare una risposta esauriente in ordine a ciò che le clausole ed i principi generali sono ed al modo in cui essi operano (o, per meglio dire, al modo in cui essi debbono operare, dal momento che il discorso di Mengoni si colloca al livello di una metagiurisprudenza prescrittiva); mentre, per altro verso, vale a sgomberare il campo da equivoci, incertezze ed approssimazioni, in una certa misura inevitabili, ereditati dalla stagione precedente (6).

I due saggi di Mengoni, pertanto, colmano una lacuna e, come si diceva più sopra, segnano un punto di non ritorno dando compiuta veste teorica allo spirito del tempo (essi sono, appunto, il proprio tempo afferrato con il pensiero, secondo la ben nota definizione hegeliana della filosofia). Naturalmente questa valutazione ha una portata sistemica, involge il piano delle grandi coordinate culturali e non esclude affatto che singole puntuali applicazioni dell'una o dell'altra figura possano tutt'ora risultare corrive (7): ma se ne siamo avvertiti lo dob-

nale è colta lucidamente dallo stesso L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, Studi in onore di A. Asquini, III (Padova 1963), 1090, ora *Diritto e valori* (Bologna 1985), 163 s.).

(6) Questo lavoro di ripulitura concettuale si sviluppa, mi pare di poter dire, fondamentalmente in tre direzioni: un'*actio finium regundorum* tra clausole generali e principi generali (Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 10; Id., *I principi generali* cit., 323); un'*actio finium regundorum* tra clausole generali (in particolare, la clausola di buona fede) ed equità (Id., *Spunti per una teoria* cit., 8 e 13); l'integrazione di clausole e principi generali entro un ordinamento ispirato pur sempre al primato della legge ed il complementare superamento della proposta di una legislazione per principi, la quale avrebbe comportato il rischio di una degenerazione dello Stato di diritto in Stato giustizialista (ibidem, 6).

(7) Basti pensare a quella giurisprudenza di merito (per un esame complessivo della quale v. V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, Contr. impr., 2005, 896 s.) che pretende di ricavare dalla violazione degli obblighi di informazione posti a carico dell'intermediario dall'art. 21 d.lgs. 24-2-1998 n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: t.u.f.) la nullità del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento e accessori di cui all'art. 23 del medesimo t.u.f. sulla base dell'assunto secondo cui le disposizioni istitutive di tali

biamo proprio alla poderosa impalcatura analitico-concettuale apprestata da Luigi Mengoni.

obblighi sarebbero norme imperative. Questa giurisprudenza offre un esempio paradigmatico di un uso distorto e totalmente immemore (o ignaro) del magistero mengoniano per il quale « il controllo di intersoggettività della decisione postula la traduzione delle funzioni delle clausole generali in corrispondenti strutture dogmatiche assiologicamente orientate, idonee a garantire la concretizzazione in termini coerenti con la razionalità complessiva del sistema » (Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 18).

Qui, addirittura, sorvolando su un limite, ancora prima che dogmatico, logico, si pretende di trasformare una norma di relazione — quale è la regola di buona fede, di cui gli obblighi previsti dall'art. 21 t.u.f. sono una specificazione — in una norma d'azione: un esito possibile solo perché, nella cultura di questi giudici, clausola generale continua ad essere sinonimo di clausola in bianco mentre, proprio come Mengoni ha insegnato, il dispositivo della clausola generale soggiace ad un triplice vincolo, di ordine empirico-fenomenologico, di ordine assiologico e di ordine dogmatico. Nel caso di specie, un uso corretto della clausola generale avrebbe imposto, fondamentalmente, una determinazione contenutistica della portata operativa della fattispecie, ossia del modo di atteggiarsi degli obblighi di informazione nella materia *de qua* (operazione, per la verità, resa in larga misura superflua dalla analitica disciplina dei medesimi contenuti agli artt. 26 s. Reg. Consob 11522/98) e, immediatamente dopo, la integrazione della regola in seno ad una struttura dogmatica idonea a consentire quel controllo di intersoggettività di cui parla Mengoni (operazione anche questa resa ormai presso che automatica dal radicamento nel sistema della categoria degli obblighi di protezione). Invece, qui non soltanto non accade nulla di tutto questo, ma addirittura la norma a struttura di clausola generale viene utilizzata per introdurre nel sistema una nuova ipotesi di nullità: dunque, un effetto incompatibile con la struttura logica della regola (è lo stesso Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 9 a ricordarci, sia pure in un diverso contesto, che « la buona fede non può essere mai un criterio che decide dell'esistenza di un rapporto obbligatorio »).

Di queste autentiche perversioni sembra ora avere fatto giustizia la S.C. chiarendo che « la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, comma 1° c.c. quale causa di nullità del contratto postula...che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, comma 2° c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e... la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto...; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore » (Cass. 29-9-2005 n. 19024, Danno e resp., 2006, 25).

3. Nel saggio sulle clausole generali Mengoni esordisce tracciando un bilancio di queste ultime nell'esperienza italiana, un bilancio a quel momento decisamente deludente, tanto più se posto a confronto con l'esperienza tedesca nella quale la messa in discussione del « principio positivistico che identifica la norma giuridica col testo legale » data dall'inizio del XIX secolo. Una delle ragioni di questa scarsa fortuna viene individuata proprio nel fatto che « la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione teorica definitiva, sia sul piano dell'elaborazione di appropriati modelli argomentativi, sia sul piano dogmatico » (8).

Dopo aver introdotto la distinzione tra clausola di buona fede ed equità — distinzione, viceversa, non adeguatamente tenuta ferma nella dottrina e nella prassi giurisprudenziale tedesche — Mengoni passa ad illustrare il concetto di clausola generale alla stregua del quale « le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni » (9), quali, ad es., le norme regolatrici dell'adempimento delle obbligazioni, nel caso della clausola generale di correttezza dell'art. 1175 c.c., la clausola di buona fede nell'ambito delle norme che disciplinano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto (artt. 1338, 1366 e 1375 c.c.), e via dicendo. Il dispositivo della clausola generale opera introducendo « un criterio ulteriore di rilevanza giuridica, a stregua del quale il giudice seleziona certi fatti o comportamenti per confrontarli con un determinato parametro e trarre dall'esito del confronto certe conseguenze giuridiche, sovente ai fini dello scioglimento di antinomie insorte in quell'ambito » (10).

Le clausole generali, pertanto, vanno tenute distinte dalle norme generali, che sono norme complete in cui però la fattispecie non è la risultante della descrizione di un caso o di un

(8) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 8. Per una recente, aggiornata e fortemente critica ricostruzione del dibattito tedesco sulle clausole generali v. M. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit* (Tübingen 2005), 102-178.

(9) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 10-11.

(10) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 11.

gruppo di casi, ma della generalizzazione di « casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera » (11): esempi di norme siffatte sono quella che ammette il licenziamento del dipendente solo per « giusta causa o giustificato motivo », o quella che abilita il creditore a rifiutare la prestazione del debitore solo in presenza di un « motivo legittimo ». È molto importante, ai fini del prosieguo del discorso, sottolineare come per Mengoni le norme generali rappresentino una tecnica legislativa che « lascia al giudice un margine maggiore di discrezionalità... ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non una discrezionalità produttiva o integrativa di norme » (12).

Le clausole generali vanno altresì tenute distinte dai principi generali, a loro volta distinguibili in due classi, a seconda che si tratti di principi assiomatici o dogmatici (libertà di contratto, *pacta sunt servanda* ecc.) o di semplici massime di origine retorica (principio dell'affidamento ecc.). I primi operano come premesse maggiori di un ragionamento strutturato secondo la forma di un sillogismo apodittico; i secondi « forniscono punti di vista, basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale » (13). Le clausole generali, viceversa, « non sono né principi deduttivi, né principi di argomentazione dialettica, bensì impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta » (14).

(11) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 9.

(12) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 10. Può rivestire un qualche interesse la circostanza che in Id., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, Jus, 1976, 3 s. ed ora *Diritto e valori* (Bologna 1985), 18-19 la distinzione tra clausola generale e norma generale appaia decisamente più sfumata.

(13) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 10. Sui principi generali v. *infra*, § 4.

(14) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 10.

Subito dopo Mengoni si misura con il problema del materiale al quale il giudice deve attingere per adempiere al compito affidatogli dalla legge attraverso la clausola generale, ossia, appunto, quello di costruire la regola da applicare al caso concreto. Qui, per le ragioni che vedremo meglio più avanti, il discorso di Mengoni si fa particolarmente complesso ma anche particolarmente ricco di implicazioni filosofiche generali. Infatti, a suo avviso, quel materiale è offerto dagli *standard*, « cioè comportamenti, opinioni, aspettative sociali da essa (ossia, dalla clausola generale) indicati al giudice quali parametri di valutazione normativa » (15). Mengoni, tuttavia, chiarisce subito — e, ripeto, si tratta con ogni probabilità dello snodo cruciale dell'intero suo discorso — che il rinvio agli *standard* operato dalla clausola generale « non ha la natura di rinvio (recettizio) a una norma sociale di condotta, in ordine alla quale il giudice avrebbe soltanto una funzione ricognitiva » (16), posto che « oggetto del rinvio disposto dalle clausole generali non sono gli standards per sé considerati, ma in quanto riconoscibili come forme esemplari dell'esperienza sociale dei valori. Essi non sono norme senz'altro applicabili, ma piuttosto esprimono punti di vista, criteri direttivi per la ricerca di valori che il giudice deve poi tradurre, con un proprio giudizio valutativo, in una norma di decisione » (17). Da qui il superamento, insieme con il positivismo, anche della idea, complementare, che le clausole generali siano norme di rinvio dovendo ravvisarsi in esse, piuttosto, « norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di

(15) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 12.

(16) Secondo Mengoni, questo modo di intendere il rinvio agli *standard* e, dunque, la funzione delle clausole generali rappresenterebbe « la concezione originaria delle clausole generali, legata al positivismo legislativo, secondo cui il nemmeno in questo caso si allontanerebbe dal modello della sussunzione. La particolarità starebbe soltanto in ciò, che la premessa maggiore del sillogismo non è formulata direttamente dalla legge, bensì per rinvio a una norma extrapositiva, che il giudice ha il compito di reperire nell'ordinamento dei traffici o in altri sottosistemi sociali » (Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 12).

(17) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 14-15.

decisione vincolandolo a una direttiva attraverso il riferimento a uno standard sociale » (18).

Lo *standard*, come si è visto, viene in considerazione non in quanto tale, ma in quanto incarnazione dell'esperienza sociale dei valori. Da qui il problema, da Mengoni giustamente considerato centrale per l'odierna scienza giuridica, della « fondabilità conoscitiva dei valori » (19). Questi ultimi appartengono alla sfera dell'essere e non a quella del dover essere: di talché i giudizi di valore non sono proposizioni normative ma enunciazioni di fatto delle quali, tuttavia, non è possibile predicare la verità o la falsità, dovendo « contentarci di metodi che procurano solo una verosimiglianza, la quale fonda i valori come verità provvisorie, cioè verità aventi lo *status* logico della presunzione » (20). Lo statuto logico dei giudizi di valore spiega il diffondersi delle logiche materiali e delle teorie dell'argomentazione, il cui scopo è appunto quello di sottrarre il discorso sui valori al dominio dell'irrazionale a cui era stato consegnato dalle filosofie di indirizzo analitico più legate al paradigma vetero — neopositivistico, per il quale l'unica forma di razionalità possibile è quella delle scienze fisiche. Ma se così fosse, osserva Mengoni, « l'applicazione non solo delle clausole generali, ma anche di gran parte delle norme giuridiche formulate con la tecnica della fattispecie sarebbe sottratta al controllo razionale » richiedendosi, difatti, in entrambi i casi « la mediazione di giudizi di valore ricavati dai dati reali del caso da decidere: ossia, non è applicazione in senso proprio, bensì concretizzazione mediante traduzione, ad opera del giudice, in una norma di decisione » (21).

Orbene, posto che una scelta è sempre necessaria e che tale scelta deve essere « fondata metodicamente, in conformità

(18) Da qui anche la già richiamata vigorosa sottolineatura della differenza tra buona fede ed equità giacché quest'ultima, diversamente dalla prima, « presuppone lo scardinamento del caso da precedenti o modelli generali, la non comparabilità con altri casi già sperimentati. E in questo senso si può dire che occupa uno spazio residuale » (Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 13).

(19) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 15.

(20) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 16.

(21) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 16-17.

ai requisiti della conoscenza scientifica, che sono il requisito del rigore e il requisito dell'oggettività, sia pure intesa in senso (debole) di intersoggettività » (22), la differenza tra i due tipi di norme riguarda lo « schema del rigore e gli strumenti di controllo dell'intersoggettività. Quando la norma è formulata con la tecnica della fattispecie, il giudice dispone in partenza di un patrimonio di dati per la ricerca della decisione, costituito dal testo normativo... Quando applica una clausola generale, il giudice non dispone di un patrimonio di dati offerti dal testo normativo. Le clausole generali non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli ambiti di altre norme, in funzione di fonti integrative dei rapporti giuridici che in esse si costituiscono » (23). Da qui il problema, tipico delle clausole generali, di ciò che debba intendersi per dato rilevante ai fini della decisione « ad esempio, la questione se certe regolarità abbiano già la consistenza tipologica di uno standard »; mentre « invece, per la ricerca, a partire dai dati, della norma di decisione l'argomentazione non ha una struttura diversa da quella inerente ai processi di concretizzazione delle altre norme » (24).

Infine, si pone il problema della fondazione della decisione, la cui intersoggettività è assicurata controllandone la conformità con i valori accolti dall'ordinamento. Ora, « poiché i valori non possono essere oggetto di una visione immediata, ma sono attingibili solo mediamente, per la via di una corretta concettualizzazione, il controllo di intersoggettività della decisione postula la traduzione delle funzioni delle clausole generali in corrispondenti strutture dogmatiche assiologicamente orientate, idonee a garantire la concretizzazione in ter-

(22) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 17.

(23) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 17. Il patrimonio di dati di cui si parla nel testo e del quale il giudice disporrebbe quando concretizza una norma corredata di fattispecie, mentre invece non dispone quando concretizza una clausola generale, è costituito da dati linguistici i quali « segnano il limite delle possibili varianti di significato della norma, e in pari tempo con la virtù figurativa o evocativa del linguaggio orientano l'elaborazione dei progetti di soluzione ».

(24) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 18.

mini coerenti con la razionalità complessiva del sistema » (25). Esempi di costrutti di questo tipo offrono, tra le altre, la categoria dei diritti della personalità rispetto al valore del pieno sviluppo della personalità umana di cui all'art. 3, co. 2, cost., o quella degli obblighi di protezione rispetto alla clausola di correttezza dell'art. 1175 c.c.

Infine, precisa Mengoni « queste categorie dogmatiche non esauriscono il contenuto delle clausole generali, costantemente aperte alla possibilità di nuove applicazioni, ma consolidano, integrandole nel sistema con la tecnica della fattispecie, una serie di ipotesi applicative già verificate dall'esperienza » (26): tecnica della fattispecie la quale, apprestando al giudice un modello di decisione che lo esonera dalla responsabilità di ripetere ogni volta le valutazioni ed i bilanciamenti degli interessi in gioco, finisce per svolgere nei sistemi di *civil law* una funzione analoga a quella svolta dalla tecnica del precedente giudiziario nei sistemi di *common law*.

4. Nel saggio sui principi generali e la scienza giuridica Mengoni, dopo aver richiamato, come già detto, le indagini pionieristiche di Crisafulli, si preoccupa subito di mettere in evidenza come l'introduzione di Costituzioni lunghe, portatrici di tavole di valori vincolanti per il legislatore, abbia prodotto mutamenti radicali sia dal punto di vista istituzionale, dal momento che a legittimare il diritto positivo non basta più la sua conformità alle procedure date richiedendosi, altresì, che esso sia conforme ai valori costituzionali; sia dal punto di vista del modo di essere dell'argomentazione giuridica la quale non si esaurisce più « in operazioni logico-formali di tipo inferenziale, assiologicamente neutrali, ma coinvolge operazioni valutative che elaborano ragioni in favore di una o altra delle soluzioni possibili del caso da decidere » (27).

Il mutamento di quadro generale ha provocato, tra l'altro, una perdita di omogeneità della categoria dei principi generali, a fronte della quale Mengoni procede dividendo questi ultimi

(25) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 18.

(26) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 19.

(27) Mengoni, *I principi generali* cit., 318.

in due grandi sottoclassi, corrispondenti ai due fondamentali modi di essere del ragionamento giuridico, ossia i principi dogmatici, o assiomatici, e i principi problematici, o dialettici. I primi (principio dell'autonomia contrattuale, principio di relatività degli effetti contrattuali) « sono *principia demonstrandi*, come tali hanno un valore assiomatico, non hanno bisogno di alcuna giustificazione di ordine sostanziale » (28). I principi di questo tipo possono essere espressi, cioè formulati dallo stesso legislatore, ovvero inespressi, cioè ricavati per via induttiva e cristallizzati in formule dottrinali, le *regulae iuris*. In ogni caso, essi non sono soggetti a bilanciamento ed il loro modo di applicazione è la sussunzione: « la fattispecie di un principio espresso può essere costruita con una clausola generale... e quindi bisognosa di integrazione caso per caso da parte del giudice alla stregua di *standards* etico-sociali: ma qui il bilanciamento degli interessi è una tecnica di integrazione della fattispecie, non un modo di applicazione del principio » (29). L'ambito di operatività di un principio dogmatico può essere limitato da un'eccezione. Di regola, le eccezioni non contraddicono il principio ma ne integrano la definizione; tuttavia, sempre più spesso accade che nell'eccezione prenda corpo un'autonoma *ratio* « base induttiva di un nuovo principio, avente un proprio ambito normativo, che si giustappone al principio originario, restringendone il campo di applicazione » (30): un fenomeno, questo, sempre più diffuso che Mengoni riconduce alla crescente complessità dei sistemi sociali contemporanei.

A differenza dei principi dogmatici, quelli dialettici (ad es.: apparenza, affidamento) non hanno « né la struttura né l'efficacia delle norme giuridiche » (31). Essi, in altri termini, non forniscono soluzioni normative, ma argomenti o punti di vista per l'imbastitura e lo sviluppo del ragionamento dell'interprete. Al pari dei principi dogmatici inespressi, i principi

(28) Mengoni, *I principi generali* cit., 319.

(29) Mengoni, *I principi generali* cit., 320. Il caso addotto di principio espresso con fattispecie a clausola generale è quello della responsabilità per arricchimento senza giusta causa a danno altrui di cui all'art. 2041 c.c.

(30) Mengoni, *I principi generali* cit., 320.

(31) Mengoni, *I principi generali* cit., 321.

dialettici sono ricavati da norme particolari ma sono « sprovisti di argomenti idonei a generalizzarli come principi sistematici » (32), rimanendo pertanto a livello di formule riassuntive della *ratio legis* delle disposizioni da cui sono tratti. Ne discende che « dai principi dogmatici, quando non siano immediatamente applicabili, si deducono norme particolari, sotto le cui fattispecie saranno poi sussunti i singoli casi. Dai principi problematici si traggono ragioni a favore o di una interpretazione di un testo normativo o dell'applicabilità di una certa norma per analogia (*legis*) o, infine, per individuare un nuovo principio dogmatico, che dovrà poi essere convalidato mediante controllo della sua coerenza sistematica » (33).

La distinzione tra principi dogmatici e principi problematici non può essere intesa nel senso di una rigida contrapposizione tra pensiero sistematico e pensiero problematico, dal momento che entrambe queste forme di pensiero sono compresenti nell'argomentazione giuridica ed anche la frontiera tra i due tipi di principio è mobile (ad es., il principio del rischio d'impresa, da criterio informatore di alcune disposizioni portanti eccezioni al criterio della colpa, sarebbe assunto al rango di principio dogmatico; percorso esattamente inverso avrebbe compiuto il principio *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*) (34).

Dopo aver riproposto, sostanzialmente nei termini in cui era stata formulata nell'ambito del saggio sulle clausole generali, la distinzione tra principi generali e, appunto, clausole generali (35), Mengoni fornisce alcune importanti precisazioni in ordine al modo di essere e di operare dei principi dogmatici, differenziandoli a seconda che essi siano o meno soggetti a bilanciamento. Non soggetti a bilanciamento sono i principi costituzionali assoluti, come il principio di rispetto della dignità umana o anche i principi enunciati dagli artt. 13, 14 e 15 Cost., questi ultimi « strutturati come regole incorporanti una o più clausole di riserva di eccezioni tassativamente definite dalla

(32) Mengoni, *I principi generali* cit., 322.

(33) Mengoni, *I principi generali* cit., 322.

(34) Mengoni, *I principi generali* cit., 323.

(35) Mengoni, *I principi generali* cit., 323-324.

legge » (36). Per quanto attiene ai principi soggetti a bilanciamento Mengoni rileva come « queste norme-principio non si differenziano dalle norme-regola per la struttura, ma per l'efficacia: pur quando siano presenti tutti i presupposti della fattispecie, non vincolano stringentemente la decisione del giudice; il loro modo di applicazione non è la tecnica logico-formale della sussunzione, ma la tecnica logico-pratica del bilanciamento dei beni o degli interessi protetti. Al giudice impartiscono un comando elastico, una direttiva di ottimizzazione che lo impegna ad attuare il principio nella misura discrezionale ritenuta compatibile con le possibilità di fatto e diritto » (37).

Il saggio si conclude con la vigorosa sottolineatura della necessità, imposta proprio dalla presenza di strutture normative con le caratteristiche dei principi soggetti a bilanciamento, di elaborare un sistema, o almeno una tipologia, di regole di collisione, « cioè di relazioni condizionate di preferenza o di subordinazione... La riflessione sui principi generali del diritto finisce col mettere in rilievo l'urgenza di una dottrina del precedente giudiziario compatibile con gli ordinamenti di *civil*

(36) Mengoni, *I principi generali* cit., 325. A proposito del principio di rispetto della dignità umana Mengoni osserva che « essendo la sua fattispecie costruita con una clausola generale che rinvia a standards etico-sociali per stabilire se in concreto la dignità umana è stata offesa, la decisione viene fondata con tecniche argomentative analoghe a quella del bilanciamento degli interessi » (ibidem, 325).

(37) A condizionamenti di fatto sono soggetti i diritti sociali come il diritto al lavoro, il diritto ad una pensione adeguata, il diritto all'abitazione ecc.; a condizionamenti di tipo giuridico, viceversa, sono soggette attribuzioni normative come la libertà di stampa dell'art. 21 cost., la quale deve essere bilanciata con il diritto all'onore o al buon nome commerciale (Mengoni, *I principi generali* cit., 326). È importante sottolineare come la messa a punto della categoria dei principi soggetti a bilanciamento offra a Mengoni il destro per una presa di distanza da Dworkin in ordine al modo di essere di questi ultimi i quali, a suo avviso, come si è visto, rimangono strutture deontiche dotate di efficacia normativa, « poiché non si tratta semplicemente di valori che il giudice attinge dalla coscienza sociale, ma di valori positivizzati nella forma di diritti soggettivi, non... mere linee-guida, indicazioni o criteri di orientamento per dividere il diritto dal torto, analogamente a quelli che più addietro ho chiamato principi problematici o dialettici » (ibidem, 325-326).

law. Essa è uno strumento indispensabile di semplificazione della crescente complessità del sistema giuridico » (38).

5. Dal resoconto offerto nei due §§ precedenti dovrebbe emergere una inequivocabile conferma di quanto già osservato a proposito della sistemazione mengoniana e dell'opera di schiarimento concettuale, che ad essa presiede, di figure sin lì avvolte, in misura maggiore o minore, da un'aura di opacità.

La rilevanza di queste figure è apprezzabile a stadi diversi della dinamica ordinamentale. Nel caso delle clausole generali, difatti, siamo in presenza di norme che sostanzialmente delegano al giudice la formazione della regola da applicare al caso concreto. Anche nel caso delle norme generali ci troviamo al cospetto di una delega al giudice: essa, però, ha una portata meno ampia perché la discrezionalità del giudice si esaurisce nella determinazione di una fattispecie i cui caratteri, sia pure in modo generico, sono anticipati dal legislatore (mentre, nel caso delle clausole generali, la discrezionalità del giudice va oltre la mera specificazione di uno schema comunque già abbozzato, essendone a lui rimessa una compiuta formulazione).

I principi dogmatici, o assiomatici, sono strutture normative la cui rilevanza è apprezzabile sul terreno dell'applicazione della regola: è vero che la loro fattispecie può essere costituita da una clausola generale, ma in questo caso il *modus operandi* di quest'ultima è quello già illustrato e si risolve, appunto, nella formulazione della fattispecie salvo che, sembra di poter aggiungere, qui la discrezionalità dell'interprete si esercita in un ambito reso più angusto da una previa opzione assiologica del legislatore. Anche quando si tratti di principi non assoluti — ovvero, soggetti a bilanciamento — la loro specificità si lascia comunque apprezzare nel momento della applicazione che può incontrare un limite o nella concorrenza di un principio di pari peso o nella sussistenza di un vincolo fattuale.

Infine, i principi problematici, o dialettici, la cui rilevanza è apprezzabile sul terreno dell'interpretazione sia dal punto di

(38) Mengoni, *I principi generali* cit., 328.

vista della loro genesi — trattandosi, per lo più, della generalizzazione di *rationes* ricavabili da disposizioni particolari —, sia dal punto di vista della loro utilizzazione — posto che essi operano, fondamentalmente, come criteri o punti di vista a partire dai quali imbastire il ragionamento giuridico.

In altri termini. Nella sistematica mengoniana il criterio ordinante fondamentale è rappresentato dalla presenza, o meno, dell'elemento della fattispecie. Le clausole generali sono norme prive di fattispecie. La costruzione di quest'ultima e, conseguentemente, della regola da applicare al caso concreto, è demandata al giudice. Nell'espletare questo compito, però, il giudice soggiace ad una serie di vincoli. Il primo nasce dalla circostanza che, essendo la clausola generale una norma incompleta — appunto perché priva di fattispecie — lo spazio all'interno del quale la selezione dei dati rilevanti ai fini della costruzione della fattispecie deve aver luogo è quello segnato dal sottosistema normativo che, di volta in volta, si trova ad ospitare la clausola generale (il diritto delle obbligazioni per la clausola di correttezza, il diritto dei contratti per la clausola di buona fede, la clausola di correttezza professionale per il diritto della concorrenza sleale).

Un secondo vincolo origina dal fatto che, come Mengoni chiarisce in modo esemplare e definitivo, la clausola generale non è una norma di rinvio, ma una norma di direttiva, con la conseguenza che il giudice non può limitarsi a recepire lo *standard* ma deve saper riconoscere in quest'ultimo l'involucro di un valore, la forma nella quale l'esperienza sociale dei valori prende corpo (39). Qui il discorso di Mengoni si fa ancora più complesso e, come già anticipato, denso di implicazioni filosofiche più generali, dovendo l'adesione ad una prospettiva apertamente cognitivista in metaetica conciliarsi con il momento, ineliminabile, della scelta, da parte del giudice dello *standard*, e quindi del valore, attorno al quale agglutinare la regola del

(39) Se non ho inteso male, è proprio questo l'elemento in rapporto al quale è possibile cogliere la differenza che passa tra le norme generali e le clausole generali, nel senso che soltanto queste ultime implicano una discrezionalità produttiva o integrativa di norme.

caso concreto (40). In ogni caso, la selezione dello *standard* e, quindi, del valore deve avvenire nel rispetto della *Rangordnung* assiologica cui l'ordinamento nel suo complesso si ispira.

Infine, l'ulteriore vincolo a cui il giudice soggiace allorché utilizza una clausola generale, è rappresentato dal test di generalizzabilità logica, oltre che assiologica, della regola adottata, nel senso che quest'ultima deve lasciarsi tradurre all'interno di strutture concettuali stabili in grado di asseverarne, insieme con la giustizia, anche la coerenza con il sistema, dogmaticamente inteso (secondo un'istanza propria della tradizione giuridica occidentale e, in particolare, di quella di *civil law*, per la quale condizione imprescindibile di giustizia del precetto giuridico è la sua attitudine ad una formulazione linguistica rispettosa di regole d'uso *date*, ossia di conio non puramente contestuale alla enunciazione del precetto medesimo) (41).

Dunque, i vincoli che presiedono alla concretizzazione delle clausole generali sono fondamentalmente di tre tipi: ermeneutico, assiologico e dogmatico, ossia, come Mengoni sottolinea con vigore — ed anche questo è un punto del suo discorso di particolare rilievo — i medesimi vincoli a cui soggiace la concretizzazione di una norma generale e quella di una norma a fattispecie puntuale, differenziandosi ciascuna di queste operazioni per la latitudine della discrezionalità accordata al giudice, discrezionalità che va da un massimo, nel caso

(40) Ma su questo v. *infra*, § 6.

(41) Tradizione che risale, come ovvio, al diritto romano: al riguardo v., ora, il ricco quadro che dell'intera vicenda offre A. Schiavone, *Ius* (Torino 2005), passim. Nel discorso mengoniano questo nesso millenario che lega giustizia e coerenza sistematica del precetto giuridico acquista una evidenza particolare attraverso la formula del controllo di intersoggettività che, come si è visto, dovrebbe essere assicurato proprio dalla traducibilità della regola ricavata sulla base della clausola generale in una idonea categoria dogmatica. Più in generale v. L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, ora *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano 1996), 62 ove il nesso tra dogmatica, in funzione di controllo dei progetti di soluzione elaborati in sede ermeneutica, e « l'esigenza, fondamentale, di trattamento uguale di casi oggettivamente uguali » è esplicitamente teorizzato nel quadro di un più ampio ripensamento dei compiti di una dogmatica avvertita del duplice, contestuale, fenomeno della apertura del sistema giuridico ad istanze extrapositive e del recepimento, da parte di quest'ultimo, dei valori propri di un'etica materiale.

della clausola generale, ad un minimo, nel caso della norma a fattispecie puntuale (42).

Anche nel caso dei principi dogmatici assoggettati a bilanciamento la discrezionalità del giudice entra in gioco ma essa qui investe un profilo diverso da quello della creazione della regola da applicare al caso concreto dispiegandosi, viceversa, nella fase dell'applicazione, allorché quest'ultima sia complicata dalla presenza di un principio concorrente o da un condizionamento operante in punto di fatto. Tanto è vero che, come si è visto, nel caso delle clausole generali, un loro uso consapevole dovrebbe porre capo alla elaborazione di categorie dogmatiche che, se per un verso, rendono possibile il controllo di intersoggettività, per altro verso si proiettano verso il futuro ergendosi a modello di decisione per il giudice, un modello di decisione « che lo esonera dalla responsabilità di ripetere ogni volta le valutazioni ed i bilanciamenti degli interessi in gioco »; mentre, i principi assoggettati a bilanciamento impongono la elaborazione di una tipologia di collisione il cui compito non è quello di aiutare il giudice a trovare la regola di decisione, integrando nel sistema la fattispecie costruita in conformità alla direttiva promanante dalla clausola generale, quanto piuttosto quello di aiutare il giudice a decidere quale delle due regole in conflitto applicare.

6. A ciascuna delle figure prese in esame e, in una certa misura, anche enucleate da Mengoni sulla base di una tassonomia originale, corrispondono segmenti diversi della *law in action*: l'interpretazione e l'applicazione, rispettivamente, ai principi dialettici ed ai principi dogmatici, la concretizzazione e la creazione della regola del caso di specie, rispettivamente, alle norme generali e alle clausole generali (43).

(42) Vedremo più oltre (§ 6, nt. 58) che, oltre a quelli menzionati nel testo, la concretizzazione della clausola generale sperimenta un ulteriore vincolo da ricondursi all'accertamento della esistenza di uno standard sufficientemente consolidato.

(43) Lo schema abbozzato nel testo esige una duplice precisazione. La prima, di ordine generale, è che, come ogni giurista sa bene, questi momenti della vita del diritto strappato alla fissità del testo sono tra loro forte-

Da questo punto di vista, il giudizio formulato più sopra sulla portata dei due scritti mengoniani richiede una precisazione: *Spunti per una teoria delle clausole generali e I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, infatti, contengono molto di più che non la pure definitiva messa a fuoco delle nozioni di clausola generale e di principio generale, giacché essi offrono, in pari tempo, l'elaborazione più compiuta, almeno nel panorama italiano (44), di una vera e propria (meta)teoria della nomodinamica negli ordinamenti giuridici del dopo Auschwitz (45), ossia in quegli ordinamenti giuridici nei quali, attraverso la Costituzione, viene « "positivizzato", con un atto di volontà dello stato espresso nella legge fondamentale... il vincolo del diritto positivo a valori metalegislativi, il rinvio ad essi come misure di "diritto giusto", a principi regolativi dell'attività di formazione delle leggi e dell'attività giurisprudenziale di sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuovi problemi di decisione » (46).

mente intrecciati (e, d'altra parte, come si è visto, anche Mengoni ci parla di principi assoluti la cui fattispecie è costituita da una clausola generale). La seconda, più interna alla riflessione mengoniana, è che, come pure si è visto, quello della concretizzazione della regola di specie è un fenomeno sostanzialmente unitario all'interno del quale è possibile articolare una sequenza in cui il punto di partenza è rappresentato da una norma a fattispecie puntuale, il punto di arrivo da una norma a clausola generale ed il punto intermedio dalle norme generali: una sequenza costruita attorno alla misura (e al tipo) della discrezionalità accordata al giudice.

(44) Per trovare un livello di consapevolezza metodologica paragonabile a quello attinto da Mengoni è necessario volgere lo sguardo in direzione della Germania: e non è certamente un caso che la dottrina tedesca rappresenti per Mengoni l'interlocutore privilegiato. Al riguardo v. le osservazioni di A. Falzea, *La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni*, Jus, 2002, 100.

(45) A. Nicolussi, *Luigi Mengoni e il diritto privato: valori e metodo*, Iustitia, 2006, 136.

(46) Mengoni, *Diritto e valori* cit., 6-7.; L. Mengoni-C. Castronovo, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, L. Lombardi Vallari-G. Dilcher (eds.), *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno* (Milano-Baden Baden 1981), 1195-1198, l'irruzione dei valori nel discorso del diritto, oltre che sul diritto, viene messa in relazione con un più generale fenomeno di (blanda) desecolarizzazione dell'ordinamento giuridico che « rinuncia a legittimarsi esclusivamente in base alla propria razionalità a legittimarsi esclusivamente in base alla propria razionalità formale e accetta di sottomettere i contenuti al con-

Del resto, come è noto, Mengoni è stato anche il giurista italiano che, più di ogni altro, ha posto al centro della sua riflessione il tema dei valori, anche qui andando oltre il piano

trollo di valori extrasistematici, rinnegando l'autosufficienza precedentemente affermata e costituendosi come sistema aperto a criteri di giustizia materiale ». Alcune precisazioni in ordine a quanto detto nel testo. In primo luogo, quando parlo di nomodinamica, ovviamente uso il termine in un'accezione almeno parzialmente diversa da quella di Kelsen per il quale, come è noto, il medesimo termine designa la parte della *reine Rechtslehre* relativa al modo di atteggiarsi, in seno a ciascun ordinamento giuridico, del sistema delle fonti. Quella di Mengoni è una nomodinamica, per così dire, estroflessa, cioè più proiettata verso il momento della applicazione-concretizzazione, che non verso quello della produzione, della norma giuridica. Tuttavia, sarebbe egualmente improprio, per difetto e per eccesso, ascrivere l'elaborazione mengoniana al genere « teoria dell'interpretazione ». Per difetto perché manca qui il classico inventario degli argomenti di cui di solito le teorie dell'interpretazione sono corredate; per eccesso, perché, nella tradizione di *civil law*, le teorie dell'interpretazione, quando non sono succubi dell'ideologia della *bouche de la loi* (il che è accaduto spesso in passato, mentre oggi non accade quasi più), il più delle volte si esauriscono in una denuncia di quella ideologia, in un inventario degli argomenti e del loro uso da parte degli interpreti e nella proclamazione della sostanziale impossibilità di governare la discrezionalità del giudice (esito che genera reazioni di segno diverso, a seconda delle preferenze ideologiche di ciascun singolo teorico, nonché, talora, il rioscillare del pendolo verso modelli di tipo cognitivista). Rispetto a questo quadro, Mengoni è veramente oltre, nel senso che il suo modello non soltanto incorpora, avendola pienamente metabolizzata, la variabile « discrezionalità del giudice » al livello della teoria dell'interpretazione, ma, proprio attraverso l'indagine sulle clausole generali, perviene ad una chiara collocazione della discrezionalità medesima nel sistema, finalmente depurandola da ogni scoria irrazionalistica o eversiva ed anzi ravvisando in essa una modalità del tutto normale di funzionamento degli ordinamenti giuridici anche di *civil law*. Sotto questo profilo, poi, Mengoni è veramente un pensatore postmoderno — se, almeno per quel che riguarda il diritto, assumiamo il giuspositivismo legalista come paradigma della modernità — ma è tutt'altro che un pensatore debole, essendosi misurato, con un vigore e un acume che, ripeto, non hanno paragoni almeno nel panorama italiano, con il problema rappresentato dalla necessità di riorientare l'autocomprensione dei sistemi giuridici di *civil law* in modo coerente con le radicali trasformazioni che essi avevano subito a partire dal secondo dopoguerra. Una seconda precisazione ha a che vedere con lo statuto semantico della teoria mengoniana che, proprio per le ragioni indicate in precedenza, riveste un carattere eminente prescrittivo, pur fondandosi su una conoscenza profonda ed esperta delle prassi effettivamente seguite dagli interpreti. Infine, il richiamo alle Costituzioni del dopo Auschwitz mette in primo piano il ruolo dei principi generali che, sebbene non ignoti alla stagione precedente (basti pensare all'art. 12 delle Preleggi o anche al tentativo,

della mera suggestione per affrontarlo, viceversa, in tutta la sua complessità e radicalità. Si potrebbe ripetere, a questo proposito, quanto già osservato in precedenza (47) a proposito delle clausole e dei principi generali, e cioè che il primo, e fondamentale, apporto di Mengoni alla discussione sul punto è consistito nell'avere (ri)portato al centro di quest'ultima la domanda su ciò che i valori sono e sulla portata logica ed epistemologica del loro attingimento da parte della ragione umana, e della loro immissione dentro procedimenti discorsivi retti da regole e ispirati da finalità specifiche, ancora prima, ed oltre, che quella sul modo attraverso il quale essi influenzano il diritto. Come ho già anticipato, la posizione che Mengoni assume al riguardo è tanto netta, quanto coraggiosa nel senso che egli abbraccia una prospettiva inequivocabilmente cognitivista affermando che « il modo di essere dei valori non è il dover essere, e i giudizi di valore non sono proposizioni normative » (48). I valori, tuttavia, in quanto « oggettività ideali (sotto l'aspetto, cioè, di archetipi e, dunque, di ciò che non si esaurisce nell'esperienza immediata) non sono conoscibili direttamente, né per dimostrazione né per intuizione » (49); essi possono essere penetrati solo attraverso gli standard, « cioè comportamenti, opinioni aspettative sociali » (50) nei quali l'esperienza sintomatica dei valori viene ricapitolata. Il pecu-

poi abortito, di far precedere il testo del nuovo codice civile, ma con piena autonomia da quest'ultimo, dalle Disposizioni della Carta del Lavoro) sperimentano, con le Carte postbelliche, una fortuna che da allora non ha praticamente conosciuto pause (e qui basti pensare, da ultimo, alle varie Carte elaborate, sia pure con esiti alterni sul piano politico, in sede europea). Tuttavia, l'assidersi ai vertici dell'ordinamento di una tavola di valori morali muniti della forza cogente delle norme giuridiche impegna il diritto infracostituzionale (su cui incombe un endemico sospetto di invalidità: v. L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (Roma-Bari 1999), 55) in un'opera di costante adeguamento di sé ad un *Sollen* la cui *vis* conformativa è presso che inesauribile: e ciò presenta delle significative implicazioni anche per le clausole generali che, come si è visto, si trasformano da norme di rinvio in norme di direttiva.

(47) V. *supra*, § 2.

(48) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 15.

(49) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 15. Come è noto, la dottrina mengoniana dei valori si ispira fondamentalmente al pensiero di Nicolai Hartmann.

(50) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 12.

liare modo di essere e di rappresentarsi dei valori rende altrettanto peculiare il modo in cui essi vengono conosciuti e verbalizzati, ossia per il tramite di enunciati linguistici che hanno per oggetto immediato lo standard medesimo dal quale poi il valore viene ricavato sulla base di procedure discorsive che, al contrario, non possiedono una struttura apofantica essendo finalizzate, in primo luogo, ad argomentare in ordine alla inerenza del valore allo *standard* (51).

(51) I « giudizi di valore » (o « sui valori »), in altri termini, si articolerebbero in due fasi fondamentali: la prima consistente nella rilevazione dello standard — e certamente più prossima al modello del giudizio di fatto — e la seconda consistente nella « dimostrazione » che, in realtà, non può avvenire se non attingendo all'universo di discorso dominato dalla ragione pratica. In linea teorica, poi, queste due fasi — che, appunto, hanno a che vedere con la questione della esistenza del valore — vanno tenute distinte da quella, successiva, della trasformazione del valore in precetto normativo, o regola del caso concreto, ossia dalla concretizzazione vera e propria la quale implica il doppio test di coerenza assiologica e dogmatica di cui si è detto in precedenza (v. § 3, in fine). Credo sia opportuno aggiungere che non sempre gli usi giurisprudenziali delle clausole generali — e, in particolare, della clausola di buona fede — appaiono conformi all'esigente modello mengoniano. Non mi riferisco tanto ad ipotesi del tipo di quelle prese in esame alla nt. 7 — di un uso attivo e sbagliato della clausola di buona fede — quanto piuttosto alle ipotesi, invero abbastanza frequenti, nelle quali la soluzione adottata è corretta ma il richiamo alla buona fede si risolve in un mero artificio retorico, nel senso che la regola di specie non discende dalla concretizzazione di una norma di direttiva, ma dalla concretizzazione di una norma a fattispecie puntuale o, al massimo, di una norma generale. Così, quando, ad es., la Cassazione afferma che « allorché l'acquisto delle quote della società sia chiaramente finalizzato — secondo correttezza e buona fede — all'acquisizione, da parte del cessionario, non di un generico *status socii*, ma della disponibilità del patrimonio sociale, allo scopo di utilizzarlo secondo la sua destinazione economica e a trarne un reddito [...] ». In tale situazione, che non poteva non essere conosciuta dai cedenti, la funzionalità del bar-tabaccheria rappresentava il contenuto essenziale del contratto, essendo l'esercizio commerciale l'oggetto mediato cui la cessione era finalizzata. Ed alla funzionalità del bar-tabaccheria era indispensabile il possesso di valida autorizzazione amministrativa, in difetto della quale l'esercizio non poteva essere produttivo di reddito per i cessionari. L'esistenza di regolare licenza costituiva pertanto, senza necessità di garanzia esplicita, requisito fondamentale del negozio di cessione mentre — d'altro lato — la sua mancanza o irregolarità si traduceva nella lesione, da parte dei cedenti, del principio di adempimento del contratto secondo buona fede » (Cass. 23-2-2000 n. 2059, I contr., 2000, 1008). Ora, mi pare abbastanza evidente che qui il richiamo alla buona fede sia un vero fuor

Rispetto alle metaetiche dominanti, diciamo, per semplificare, quella di orientamento analitico — ispirate ad uno scetticismo solo in parte temperato dall'abbandono delle posizioni

d'opera perché la medesima soluzione alla quale perviene la S.C. — condanna al risarcimento del danno dei cedenti per avere ceduto le quote sociali senza preoccuparsi di rinnovare la licenza dell'esercizio commerciale — si ricava pianamente dagli artt. 1362 e 1218 c.c. i quali contengono norme generali — « comune intenzione delle parti », « esecuzione esatta della prestazione » — che impongono un particolare sforzo ermeneutico e quindi, per esempio, il ricorso, in sede di fondazione della decisione, ad argomenti poggiati su *rationes* di spettro più ampio (così, nel caso *de quo*, l'immanenza al sistema di un principio in forza del quale il destinatario di una prestazione può ragionevolmente attendersi che la medesima sia consegnata in modo tale da consentirgli di soddisfare i propri interessi, dichiarati alla controparte o, in ogni caso, da quest'ultima riconoscibili esercitando l'ordinaria diligenza: un principio, dialettico in senso mengoniano, che può essere assemblato a partire dalla disciplina per la garanzia dei vizi della cosa venduta e da quella dell'errore riconoscibile). Procedendo, viceversa, nel modo in cui procede la S.C. nel caso di cui ho detto, si finisce per trasformare la buona fede — cioè una norma di direttiva che impone al giudice di concretizzare la regola di specie sulla base di uno standard — in un principio dialettico, con evidente travisamento della natura di entrambe le figure posto che, come si è visto, la clausola generale opera, in primo luogo, sul terreno della creazione della regola, imponendo al giudice di guardare oltre i confini segnati da previsioni normative linguisticamente ricche; mentre il principio dialettico opera sul piano ermeneutico-argomentativo ed è uno strumento il cui impiego non porta l'interprete al di fuori del sistema. Si può dire, in altri termini, che usi del tipo di quello appena descritto, si traducono in una (impropria) semplificazione dell'onere argomentativo del decidente il quale, invece che farsi carico della individuazione e della elaborazione del principio fondativo della decisione, evoca, strumento *bon à tout faire*, la clausola di buona fede, così ridotta a mero simbolo, nel senso che trova spazio in luogo di altro ma è, presa in sé, del tutto irrilevante. Viceversa, sempre nel quadro di una esemplificazione di larga massima, molto più persuasivo appare l'uso che della clausola di buona fede viene fatto da un giudice di merito in un caso in cui la banca intermediaria, che si occupava del collocamento di prodotti finanziari per conto della società emittente, aveva espresso positivi giudizi circa i dati di bilancio della società emittente medesima, senza avere preventivamente richiesto quelle ulteriori informazioni che le avrebbero consentito di prevederne il dissesto. Gli investitori ne risentono un grave danno e non potendo recuperare alcunché dall'emittente, chiedono il risarcimento alla banca intermediaria. I giudici accertano la responsabilità della banca per avere diffuso un prospetto non veritiero e stabiliscono che il lucro cessante è risarcibile nella misura del reddito che sarebbe derivato da forme alternative di investimento, alle quali gli investitori avrebbero fatto ragionevolmente ricorso (App. Milano 2-2-1990, Giur. comm., 1990, 1755). Qui, a differenza di quanto accade

più estreme à la Ayer, che poi sono anche quelle contro cui Mengoni polemizza (52), a favore di una lettura in chiave puramente linguistica della *great division* tra essere e dover essere, lettura all'interno della quale il discorso del Sollen e, ancora più, quello sul Sollen, recuperano uno statuto di razionalità, sia pure indebolita rispetto al modello veicolato dai linguaggi della matematica e della fisica (53) — e quella di orientamento giusnaturalistico — tutte, quali più e quali meno, vittime della fallacia naturalistica (54) — la posizione di Mengoni incarna, per usare una formula oggi di moda, una sorta di terza via che si sottrae alle strettoie di entrambi gli orientamenti anzidetti. Nella sua prospettiva, infatti, la mossa ontologica, grazie alla quale ai valori viene riconosciuto lo statuto di

nel caso esaminato in precedenza, il giudice concretizza una regola imperniata sulla estensione dell'obbligo di informazione (nel duplice senso di informarsi e di informare) a partire dalla rilevazione di moduli, prassi e aspettative desumibili dal segmento di realtà (il mercato dei valori mobiliari) all'interno del quale la vicenda si svolge. E non è un caso che quello degli obblighi di informazione sia uno degli ambiti di più fruttuosa applicazione della clausola di buona fede non potendo la decisione in ordine all'*an* e, fondamentalmente, in ordine al *quantum* del loro esserci, prescindere dagli input provenienti dai mondi vitali, oggetto di regolazione giuridica, per i quali l'informazione è una condizione essenziale di funzionamento, ma anche un costo.

(52) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 16.

(53) Operazione questa nella quale, come è noto, la filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico si è distinta grazie ai contributi di Norberto Bobbio e della sua scuola. V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica* (Bologna 2003), 81.

(54) Si può dire che mentre nelle metaetiche di indirizzo analitico, il problema dei valori viene affrontato privilegiando la dimensione linguistica su quella ontologica (come si può articolare un discorso razionale a partire da qualche cosa rispetto a cui, a causa della sua inattingibilità sotto il profilo empirico e della sua opinabilità sotto il profilo logico, non è possibile formulare enunciati veri o falsi), nelle varie metaetiche di impronta giusnaturalistica il medesimo problema viene affrontato privilegiando la dimensione ontologica su quella linguistica (nel senso che i valori sono enti il discorso sui quali è reso razionale dal loro esserci). Detta in altri termini: mentre in una prospettiva di tipo analitico, il linguaggio assolve ad una funzione fondativa dei valori, nel senso che, date certe condizioni, trasforma una congerie di impulsi, emozioni, preferenze in costrutti verbali dotati di senso e suscettibili di una qualche forma di controllo razionale, in una prospettiva di tipo giusnaturalistico la funzione del linguaggio si esaurisce nel dare una veste verbale ad una realtà prelinguistica già di per sé dotata di senso.

enti reali — sia pure di un reale che non si lascia esaurire dalla sua manifestazione empirica, ossia, appunto, gli *standard*, ma che, per converso, non può essere attinto se non per il tramite di questi ultimi — non si traduce nella predicazione della immediata vincolatività giuridica di questi ultimi perché anzi, come si è visto proprio esaminando il dispositivo delle clausole generali, il valore ricavato dallo *standard* va tradotto in una regola di decisione, è ciò attorno a cui la regola di decisione si agglutina, sulla base di un atto discrezionale, ancorché non arbitrario, del giudice. Da questo punto di vista, mi sembra si possa affermare che, in Mengoni, l'opzione cognitivista in metaetica non soltanto non si accompagna ad un'opzione giusfilosofica di stampo giusnaturalistico ma, anzi, va di pari passo con una rinnovata fedeltà a quello che può dirsi il nucleo inscalfibile del positivismo giuridico e cioè con l'idea che, affinché qualcosa valga per il diritto, come diritto e nello specifico modo di valere del diritto, è necessario che essa venga appropriato dal diritto nelle forme proprie di quest'ultimo (55).

Nell'economia della costruzione mengoniana, quella che ho chiamato la mossa ontologica, per i modi in cui è attuata, risponde a tre istanze fondamentali. Una prima istanza, di tipo metodico, in ragione della quale l'immanenza del valore allo *standard* riduce ulteriormente i margini di arbitrio del giudice chiamato a concretizzare la clausola generale posto che, a questo fine, come lo stesso Mengoni scrive « il giudice deve disporre di un catalogo di tipi normali di comportamento e di standards valutativi socialmente accettati, che gli forniscano linee direttive, criteri orientativi per la ricerca della decisione » (56). Ne deriva che l'itinerario attraverso il quale il giudice

(55) Si veda, ad es., quanto Mengoni osserva a proposito della concezione dworkiniana dei principi: « questa posizione è tipicamente giusnaturalistica, se per giusnaturalismo si intende una dottrina che ammette l'esistenza di norme o principi giuridici indipendentemente da un enunciato linguistico che li esprima » (Mengoni, *I principi generali* cit., 324, nt. 23). Di « teoria cognitivista moderata », del resto, parla lo stesso Mengoni, *Dogmatica giuridica* cit., 40.

(56) Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 18. In un certo senso si può dire che gli standard rappresentano per il giudice chiamato a concretizzare

perviene alla concretizzazione della clausola generale sperimenta, oltre a quelli già visti in precedenza (57), anche un ulteriore vincolo di ordine empirico-fenomenologico (58).

La mossa ontologica, che, come si è visto, nella prospettiva di Mengoni equivale a solidamente radicare i valori nella società e nella storia umane, risponde poi ad una istanza di genuino pluralismo, che non esclude, ed anzi incorpora la possibilità del conflitto: un conflitto reale, e non soltanto ideale, tanto più aspro e difficile da mediare in società insofferenti a qualsiasi forma di contenimento autoritativo (59).

Infine, la terza istanza che, a mio avviso, risponde al nucleo più profondo, al centro di irraggiamento del pensiero e del magistero mengoniani, ossia l'idea della autonomia del diritto come modalità di regolazione della vita degli uomini fondata su una peculiare combinazione di ragione e autorità. Un'autonomia che si impone anche nei confronti della sempre più ribollente dimensione morale e che si rende visibile, come già detto nella insopprimibile necessità di un atto — consegnato allo spazio della storia e, quindi, per definizione alla libertà e alla responsabilità del decisore — che scelga quale valore, e in che misura, tradurre in comando giuridico, si tratti, ieri, del legislatore costituente del dopo Auschwitz o, oggi, del giudice che concretizza una clausola generale: ed un'autonomia che, ovviamente, viene esaltata proprio dallo statuto di realtà fatto ai valori (60).

una clausola generale quello che i dati linguistici rappresentano per il giudice chiamato a concretizzare la norma a fattispecie puntuale.

(57) V. *supra*, nt. 42 e testo corrispondente.

(58) In altre parole, la mossa ontologica arricchisce la concretizzazione di un ingrediente empirico-fattuale irriducibile ad un costrutto linguistico suscettibile di validazione soltanto in termini di coerenza del discorso con le sue premesse interne incorporando, viceversa, anche una regola d'uso che ne implica il confronto con un dato esterno.

(59) Mengoni-Castronovo, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato* cit., 1196. V. anche L. Mengoni, *Prefazione*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* cit., VII.

(60) Con la consueta esemplare chiarezza questa idea è espressa in L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, ora *Ermeneutica e dogmatica giuridica* cit., 75: « questa forza (*scil.*: la forza di cui i valori necessitano per imporsi nella sfera degli atti, secondo la formula di Hartmann), nel campo

7. Nella prospettiva mengoniana l'autonomia del diritto non vuol dire soltanto autonomia della forma giuridica, intesa come specifico modo di atteggiarsi di quella specifica porzione della realtà, sia pure della realtà sociale, che è il diritto ma vuol dire anche autonomia del discorso sul diritto. Un ragionamento compiuto su questo punto, ossia su Mengoni teorico del metodo giuridico, non soltanto eccederebbe i limiti che mi sono imposto inizialmente, ma darebbe luogo ad una sovrapposizione con altri contributi sullo stesso tema (61). Tuttavia, bisogna pur dire che ricostruzione delle figure — clausole e principi generali — offre a Mengoni l'opportunità di illustrare, attraverso una specola significativa ma circoscritta e, proprio per questo in grado di rinviarne un'immagine particolarmente nitida, i tratti essenziali delle operazioni attraverso le quali l'odierno interprete perviene alla formulazione della regola del caso concreto. Una breve incursione nei territori, viceversa vastissimi e ricchissimi, della riflessione mengoniana in punto di metodo non apparirà, dunque, del tutto ingiustificata.

A tal fine prenderei le mosse da un'osservazione contenuta nel saggio di Nogler a proposito della circostanza che Mengoni sia stato oggetto di giudizi molto diversi, anzi radicalmente opposti, apparendo ad alcuni un « antidogmatico » e ad altri un « precettore » (62). Nogler, a mio avviso correttamente, riconduce questi giudizi così diversi, ma parimenti unilaterali, all'anima, doppia ma non scissa, del discorso mengoniano sul metodo giuridico, all'interno del quale, come è noto, convivono forme di pensiero problematico e forme di pensiero dogmatico. Aggiungerei che il dispositivo teorico mengoniano, certamente caratterizzato da questa non ambivalente compre-

del diritto, è la norma positiva, la sola fornita del carattere essenziale del diritto che è l'effettività, la capacità di imprimere una forma alla realtà ». Beninteso, per Mengoni, il carattere ineliminabilmente storico dell'attingimento conoscitivo, o anche pratico, dei valori non significa che i valori in quanto tali trovino nella storia la loro fondazione ultima: v. L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, 6.

(61) Mi riferisco, in particolare a L. Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni, Luigi Mengoni o il metodo giuridico*, a cura di L. Nogler-A. Nicolussi, in corso di pubblicazione, passim.

(62) Nogler, *L'itinerario cit.*, 14 del dattiloscritto.

senza, rappresenta, proprio per questa ragione, il tentativo certo più consapevole e sofisticato di salvaguardare o, se si preferisce un vocabolario meno difensivo, di porre su basi nuove, l'autonomia del diritto — intesa questa volta, appunto, come autonomia del discorso sul diritto — definitivamente superando, ma non totalmente rinnegando, il modello pandettistico della *Isolierung* (63).

Il modello della *Isolierung*, che dal diritto romano migra, attraverso vicende storiche e mediazioni culturali molto complesse, alla pandettistica del XIX secolo, è posto definitivamente in crisi dalle profonde trasformazioni che la forma di Stato e l'assetto della società liberali subiscono a partire dai primi decenni del XX secolo (64): trasformazioni suscettibili di essere descritte in vario modo — avvento di economie di produzione e consumo di massa, avvento di società pluralistiche, ecc. — ma tutte riconducibili al tramonto di « ... una società apolitica che domanda allo Stato soltanto la garanzia dei presupposti formali necessari perché le scelte individuali possano comporsi in equilibri spontanei regolati dalla mano invisibile delle leggi naturali dell'economia » (65). L'orizzonte delle causali « strutturali » dentro il quale la riflessione mengoniana sul superamento del paradigma della *Isolierung* trova posto, si completa poi con « Auschwitz », ossia con la gigantesca tragedia in cui sfocia il tentativo posto in essere dai totalitarismi del '900 di realizzare una semplificazione autoritaria delle con-

(63) Mengoni-Castronovo, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato cit.*, 1179 l'espressione — tratta da F. Schultz, *Prinzipien des römischen Rechts* (Berlin 1934), 13 s. trad. it., *I principi del diritto romano* (Firenze 1934), 16 — viene appunto utilizzata per indicare l'« autonomia del discorso giuridico » (corsivo nel testo), sia al livello del linguaggio normativo, sia al livello del linguaggio dei giuristi: il primo rifugge da referenti esterni che esplicitino i valori in funzione dei quali le regole di diritto sono poste; il secondo evita a sua volta di fornire spiegazioni in proposito avvalendosi di concetti assiologicamente neutrali ».

(64) In Italia, come si è già detto e come rileva lo stesso Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico cit.*, ora *Diritto e valori cit.*, 21 s., la crisi è tardiva e si manifesta solo a partire dalla fine degli anni '50.

(65) Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico, Diritto e valori cit.*, 16.

traddizioni generate dalla rottura dell'equilibrio protoborghese. « Auschwitz », infatti, come si è già visto, porta dentro il discorso del diritto, svolto nelle sue cadenze più impegnative, quelle costituzionali, il pantheon dei valori morali ereditato dalla tradizione giusnaturalistica ed arricchito degli apporti delle più moderne tendenze democratico-egualitarie, in tal modo compromettendo irreversibilmente la possibilità di costruire il discorso sul diritto nelle forme della deduzione sillogistica.

Mengoni parte da qui, dalla consapevolezza della impossibilità di un ritorno al passato: una consapevolezza che, se per un verso, lo preserva da qualsiasi nostalgia neodogmatica, per altro verso mai si traduce in atteggiamenti di tipo scettico, o inclini ad una qualche forma di pensiero debole, sulla falsariga di quegli stili di pensiero che, proprio a partire dalla metà degli anni '70, nella imminenza della crisi dell'ultima grande narrazione, teorica e politica, del '900 — il marxismo — si andavano facendo strada per poi dilagare, sino ai limiti, ed anche oltre, della moda culturale, per tutto il decennio successivo (66). Il superamento della *Isolierung* e della sua modalità teorica più significativa, ovvero la *Begriffsjurisprudenz*, infatti, si accompagna in Mengoni alla definizione di una autonomia della scienza giuridica posta su basi completamente nuove e corroborata dai tre momenti fondamentali dell'ermeneutica,

(66) Leggendo i saggi metodologici di Mengoni, dominati dall'esigenza di dare un fondamento di stabilità e razionalità alle procedure discorsive della scienza giuridica viene in mente quanto scriveva, sempre a metà degli anni '70, S. Timpanaro, *Freudian Slips and Slips of the Freudians*, New Left Review, 1976, 45 s. ora Id., *La « fobia romana » e altri scritti su Freud e Meringer* (Pisa 2006), con il titolo *Lapsus freudiani e lapsus di freudiani*, 201 s. a proposito del « controllo delle teorie » e del fatto che « un segno linguistico è un segno non solo in quanto denota uno o più concetti, ma in quanto non ne denota innumerevoli altri; è l'esistenza di tali « divieti » che permette la comunicazione linguistica e, più in generale, la decodificazione di qualsiasi messaggio ». Sarà del tutto peregrino supporre che, in quel torno di tempo, le punte alte della cultura del paese, pur non interloquendo direttamente, avessero captato il montante clima di festosa irresponsabilità epistemologica che avrebbe imperversato nei due decenni successivi, una volta esauritasi la spinta propulsiva della rivoluzione d'ottobre ed anche del paradigma teorico marxiano?

della topica e della dogmatica. Il primo di questi tre momenti — quello ermeneutico — si colloca su un terreno premetodico attingendo, piuttosto, alla sfera dell'ontologia secondo una direttiva di filosofia generale che Mengoni ricava direttamente Gadamer. Nell'economia del discorso mengoniano la declinazione ontologica dell'ermeneutica fonda l'ineliminabilità dell'apporto dell'interprete al guadagno di significato del testo, ineliminabilità consegnata al fenomeno della precomprensione.

Su un terreno, viceversa, più propriamente metodico si colloca la topica che, nella prospettiva di Mengoni, assolve al delicato compito di dare una veste dialogico-discorsiva (un dialogo che si può svolgere in seno ad una camera di consiglio, nel confronto con gli altri membri del collegio, o nel chiuso di una stanza attraverso il confronto con la propria tradizione culturale e con la comunità scientifica di appartenenza) all'insieme di immagini, anticipazioni e rappresentazioni, spesso verbalizzate in modo approssimativo, che l'impatto del caso (concreto o ideale) produce sul testo (67). Un compito molto delicato perché il testo — che in un certo senso è qualcosa di morto, consegnato alla inemendabile fissità propria di ciò che è testo — si trova al centro dell'azione di due formidabili potenze — la precomprensione e il caso, la prima veicolo di un deposito irriflesso di preferenze ideologiche e stereotipi culturali, il secondo che, come si è visto, per Mengoni non è mai informe empiria ma, piuttosto, forma di quella sostanza, altrimenti inattuabile, che è il valore — perfettamente in grado di annichilirlo. In realtà Mengoni non è particolarmente interessato alla sorte del testo al quale egli assegna un ruolo tanto preciso ed importante quanto circoscritto (68), essendo molto più preoccupato della razionalità complessiva dell'opera di concretizzazione della norma e, dunque, di formulazione della regola da valere per il caso di specie. Sotto questo profilo, ap-

(67) Sul nesso tra topica e precomprensione e sul compito che alla prima spetta di tenere sotto controllo e di addomesticare la seconda v. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* cit., 48-49.

(68) V., ad es., Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* cit., 38, nt. 81.

punto, la topica è il luogo nel quale, attraverso la messa a confronto di una pluralità di punti di vista, interni (*in primis*, i principi dialettici, o retorici, di cui Mengoni parla in PGDSG) ed esterni al sistema giuridico, si elaborano e si saggiano ipotesi di soluzione del problema sollevato dal caso. Il discorso topico non soggiace alle regole ed ai vincoli della logica della dimostrazione, sviluppandosi, viceversa, secondo le modalità proprie dell'argomentazione pratica dominata, quindi, non dall'esigenza di raggiungere una impossibile verità oggettiva, sebbene piuttosto dall'esigenza di apprestare buone ragioni a sostegno di ipotesi di soluzione buone e, appunto, ragionevoli (69).

Il rilievo che, nel modello di scienza giuridica elaborato da Mengoni, compete al momento topico, o problematico, si situa esattamente all'incrocio tra spazio della precomprensione e spazio della desecolarizzazione, un territorio reso altamente sismico dall'aperto riconoscimento della indefettibile partecipazione dell'interprete al guadagno di senso del testo e dalla contestuale positivizzazione del pantheon dei valori di una società sempre più capitalistica ma sempre meno borghese, almeno nell'accezione ottocentesca del termine. Da questo punto di vista la riscoperta (o riabilitazione) della ragion pratica nel cui solco la riflessione mengoniana in punto di metodo certamente si inserisce (70) rappresenta il riferimento teorico per una imponente operazione di (ri)messa a punto del discorso sul diritto finalizzata, fondamentalmente, ad impedire o, quantomeno, a contenere derive segnate ora da un radicale scetticismo epistemologico, ora da una brutale strumentalizzazione del diritto a scopi immediatamente politici (71).

(69) Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* cit., 35 s.

(70) Si veda, al riguardo, il saggio di Nogler, *L'itinerario* cit.

(71) Si può dire che la battaglia di Mengoni si sia svolta in due momenti e su due fronti diversi: negli anni '70 il suo bersaglio fu l'uso alternativo del diritto (v. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* cit., 24; per una ripresa del tema in termini più espliciti, v. Id., *Dogmatica giuridica* cit., 65); negli anni '80 e anche dopo, il modello mengoniano ha rappresentato la più radicale e solida alternativa a tutte le possibili versioni o varianti di scetticismo, nichilismo o debolezza del pensiero diffusi

Non credo sia del tutto azzardato scorgere una qualche analogia tra questa operazione e quella avviata da Bobbio all'inizio degli anni '50 con il suo celebre saggio su scienza del diritto e analisi del linguaggio (72), nel senso che entrambe sono accomunate dall'esigenza di garantire alla scienza giuridica solide basi epistemologiche: solo che nei due casi variano profondamente i modelli di riferimento rappresentati, nel caso di Bobbio, da un'analisi del linguaggio declinata in conformità al paradigma kelseniano (73), nel caso di Mengoni dagli apporti di una tradizione di salda matrice continentale accomunati da un'idea più larga o, se si preferisce, più debole di razionalità rispetto a quella asseverata dal *mainstream* neopositivista (74).

Tuttavia « la topica non è una tecnica di decisione, ma soltanto una tecnica di formazione di ipotesi di soluzione razionalmente fondate, delle quali occorre poi accertare con altri mezzi la congruenza con la misura del sistema costituito. Questi mezzi sono dati dagli strumenti concettuali-conoscitivi

anche in seno alla cultura giuridica. In termini sostantivi, la battaglia sul primo fronte ha come obiettivo un possibile effetto collaterale di Auschwitz, ossia la tirannia dei valori che, concretamente, significa l'esatto contrario della topica, forma di pensiero peculiare di una società pluralistica e, più in generale, la negazione del diritto come sfera discorsiva retta da codici comunicativi suoi propri. La battaglia sul secondo fronte, viceversa, ha come obiettivo quello di porre un argine a letture dell'assunto ermeneutico e della precomprensione nella chiave di un gigantesco « liberi tutti » epistemologico.

(72) N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 324 s.

(73) E quindi ancora abbastanza dentro la *Isolierung*: sul punto mi permetto di rinviare a L. Nivarra, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in questa *Rivista*, 2004, 935 s.

(74) Tuttavia, come si è già avuto modo di ricordare (v. *supra*, nt. 53), la scuola giusfilosofica di indirizzo analitico italiana si segnala, specie nella linea Bobbio-Scarpelli, per un approccio più morbido sia al problema rappresentato dalle condizioni necessarie a soddisfare lo statuto di scientificità di una certa disciplina (dove l'idea bobbiana della scienza giuridica come scienza in senso debole), sia al problema dello statuto logico degli enunciati del legislatore e della scienza giuridica (dove la ricca messe di indagini promosse da Scarpelli e dai suoi allievi sulla semantica del prescrittivo). Da questo punto di vista i due modelli sono forse meno lontani di quanto si potrebbe supporre d'acchito e sarebbe davvero interessante esplorarne le reciproche assonnanze: un compito da svolgersi in altra sede.

della dogmatica giuridica » (75). La dogmatica è dunque, per Mengoni, l'organo del pensiero giuridico deputato a convertire l'ipotesi di soluzione del caso di specie in regola suscettibile di quella speciale forma di universalizzazione che consiste nella idoneità della regola medesima a radicarsi nel sistema e ad assumere le vesti di un concetto descrittivo di una serie di elementi di fatto e dei connessi effetti normativi. L'operazione non soggiace ad automatismi di sorta e non può neppure essere intesa in termini statici, come se il sistema fosse un deposito di concetti ossificati, arbitri muti della integrabilità nel sistema stesso dell'ipotesi di soluzione partorita dal confronto problematico con il caso. In realtà, come Mengoni chiarisce fin dall'inizio (76), pensiero problematico e pensiero sistematico designano non livelli ma modi del pensare giuridico destinati ad incrociarsi e ad intrecciarsi in un rapporto osmotico, tale per cui il confronto con il caso ben può implicare l'utilizzazione di costrutti dogmatici mentre, per converso, l'ipotesi di soluzione partorita dalla topica può incorporare un'istanza di riallineamento dell'intero sistema su basi nuove, in ragione della rilevanza, dal punto di vista della *Rangordnung* ordinamentale, del valore rivelato e portato alla luce dal caso.

8. L'autonomia dei moderni è quella di un discorso e di un sistema giuridici costantemente impegnati nella ridefinizione di se stessi attraverso il duplice *test* di integrabilità concettuale e di integrabilità assiologica della « valutazione, ossia un'ipotesi di decisione, argomentata con le tecniche del pensiero problematico » (77). E del resto non si vede come po-

(75) Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* cit., 49.

(76) Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* cit., 51 s.

(77) L. Mengoni, *Prefazione*, *Diritto e valori* cit., 8. Sotto questo profilo il modello elaborato da Mengoni per illustrare il funzionamento delle clausole generali ha un valore paradigmatico: ciò che sta a testimoniare, per un verso, di quello che si diceva all'inizio a proposito della granitica, molecolare coerenza di tutta la riflessione mengoniana; e, per altro verso, della sostanziale unitarietà della esperienza della interpretazione e applicazione del diritto.

trebbe essere altrimenti, una volta che la morale abbia preso stabile dimora all'interno del sistema giuridico, ora sotto forma di principi apicali che i valori enunciano, ora sotto forma di clausole generali, che ai valori rinviano. Tutta la riflessione mengoniana in punto di metodo è pervasa dalla lucida consapevolezza di questo fenomeno e, bisogna aggiungere, anche dei rischi che esso comporta per la effettiva possibilità di pervenire alla formulazione di concetti dogmatici e di significati normativi dotati di un adeguato grado di stabilità. In questo senso va inteso, ritengo, il sobrio ma fermo richiamo alla necessità, imposta proprio dalla presenza di strutture normative con le caratteristiche dei principi soggetti a bilanciamento, di elaborare un sistema, o almeno una tipologia, di regole di collisione, « cioè di relazioni condizionate di preferenza o di subordinazione » con il quale si conclude PGDSG. Il « realismo etico politeista » (78), possibile traduzione filosofica dell'irriducibile pluralismo delle nostre società (79) implica forme di ragionamento pratico tendenzialmente particolaristiche caratterizzate dalla circostanza che « l'esito del bilanciamento di principi (diritti ecc.) confliggenti è sempre esposto alla possibilità di revisione », di talché « non è possibile, né, *a fortiori*, accessibile, una specificazione conclusiva (finale, definitiva) delle proprietà che possono essere rilevanti ai fini della decisione di casi » (80). A me pare che Mengoni abbia indicato la strada da seguire affinché il ragionamento giuridico, dominato da esigenze di certezza ed uniformità di trattamento sue proprie e, ancora oggi, indefettibili, non anneghi senza residui nel ragionamento pratico o, per usare la sua stessa nomenclatura, perché il discorso sul diritto non sia esaurito dalla topica (81).

(78) Sul quale v. B. Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, MSCG, 2005, 161 s.; Id., *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità. Il modello triadico*, *Ragion pratica*, 2006, 133 s.

(79) Irriducibile pluralismo delle nostre società che, come si è visto, rappresenta il dato strutturale a partire dal quale il discorso di Mengoni si sviluppa.

(80) B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, *Analisi e diritto* 2004, 71.

(81) Il problema mi pare colto, sia pure sinteticamente, anche da B.

Credo che proseguire su quella strada costituisca l'impegno primario per i giuristi e i filosofi del diritto delle generazioni successive: ai quali spetta di raccogliere non soltanto un lascito culturale di straordinaria ricchezza, ma anche, e direi fondamentalmente, l'esempio di una moralità intellettuale informata al senso della serietà della vita, che è lo stesso che dire al rispetto e all'amore per gli altri.

ABSTRACT

*Open clauses and general principles of law
in the thought of Luigi Mengoni*

The article describes and analyzes two of the main works by Luigi Mengoni: « Spunti per una teoria delle clausole generali » and « Principi generali del diritto e la scienza giuridica ». Such works represent the watershed between the pioneeristic season, characterized by an approach — so defined by the author — “functionalist” towards open clauses and general principles, and the more mature phase of the full legitimation of the utilization, in the perspective of interpretation, of open clauses and general principles. The author sheds a light on the historical merit of the work of Mengoni, i.e. giving a theoretical structure to the spirit of the time, at the same time unveiling its contemporary and future-oriented aspects. In this sense, it is agreed upon that the added value of the work of Mengoni consists in that he indicated the route to follow so that legal reasoning, dominated by its own exigencies of certainty and uniformity of treatment, does not hopelessly drown into practical reasoning, which should be the main objective for jurists and philosophers of law of the following generations.

Celano, *Particolarismo, caratterizzazioni di desiderabilità pluralismo etico. Considerazioni sulla forma del ragionamento pratico*, 27 del dattiloscritto.

DIRITTI NAZIONALI E COMPARAZIONE

Marisa Meli

**IL DIALOGO TRA ORDINAMENTI NAZIONALI
E ORDINAMENTO COMUNITARIO:
GLI SVILUPPI PIÙ RECENTI
IN MATERIA DI DIRITTO DI FAMIGLIA**

SOMMARIO: 1. L'Unione Europea e il progressivo interessamento ai temi del diritto di famiglia. - 2. Il nuovo regolamento Bruxelles II. - 3. La proposta di modifica del luglio 2006. - 3.1. Le modifiche alla competenza giurisdizionale. - 3.2. La legge applicabile in materia di divorzio e separazione personale. - 4. Il diritto internazionale privato comunitario e il dialogo tra i sistemi. - 5. Il Libro Verde in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi. - 6. Alcune considerazioni in merito al Libro Verde: l'ambito di applicazione del futuro strumento comunitario. - 7. *Segue*: la scelta in ordine alla legge applicabile ai rapporti di famiglia. - 8. *Segue*: i regimi patrimoniali in Europa, la differenziazione normativa e il sistema di pubblicità. - 9. Diritto familiare europeo ed armonizzazione in senso sostanziale.

1. Il Trattato sull'Unione Europea, come prefigurato nella sua norma di apertura, ha rappresentato davvero una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione tra i diversi Paesi che compongono il quadro europeo. Molte sono le novità, a partire dalla creazione di uno spazio interno senza frontiere che, allo scopo di favorire la libera circolazione delle persone, diventa anche creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Attraverso la definizione di tale obiettivo, il Trattato sull'Unione Europea ha segnato una nuova tappa anche sul piano della configurazione del rapporto tra i diritti nazionali e il diritto sovranazionale europeo. Un rapporto caratterizzato da una continua tensione, correlata alle diverse fasi di sviluppo del processo di integrazione europea ed al progressivo ampliamento delle materie oggetto di intervento comunitario.

Alcuni settori normativi hanno risentito fortemente della